

# ***A DISCIPLINA POSITIVA DA UNIÃO ESTÁVEL : a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994***

---

**CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO\***

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*

## **Sumário**

1) A união estável como entidade familiar. 2) Conceito de união estável. 3) Dissolução da união estável: a partilha do patrimônio e a participação na herança. 4) Alimentos. 5) Direito intertemporal.

### **1. A união estável como entidade familiar**

Com a vigência da Constituição de 1988, os tribunais tiveram de enfrentar uma nova realidade jurídica sobre a união entre um homem e uma mulher, sem a cobertura legal do casamento, coroando uma longa evolução da jurisprudência sobre as denominadas sociedades de fato ou sociedades concubinárias.

De fato, diante da pressão social, as Cortes construíram, à margem do direito de família, um mecanismo próprio do direito das sociedades, para permitir algumas consequências patrimoniais, após uma regular convivência entre um homem e uma mulher, para tanto exigindo a prova de uma contribuição comum para a aquisição do bem a ser partilhado, assim como, autorizando a chamada *indenização por serviços domésticos*, para justificar uma compensação pela vida em comunhão de afetos, na medida em que não era possível a concessão de alimentos.

Como alinhava *Paulo Dourado de Gusmão*, a doutrina da sociedade de fato foi assim aplicada

por não resultar de contrato ou de qualquer ato jurídico que a constitua, porquanto resulta do esforço comum do qual se formou um patrimônio, considerado como comum, do qual

cada concubinário tem direito a uma cota proporcional a sua cooperação na formação do mesmo (Dicionário de Direito de Família, Forense, Rio, 2ª ed., 1987, p. 870).

A reiteração dos julgados nesse sentido foi consolidada na Súmula nº 380, do Colendo Tribunal Federal, segundo a qual, "comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum", sendo certo, como expresso na Súmula nº 382, que a "vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato".

O que estava subjacente em toda a jurisprudência sobre a matéria era o afastamento das conseqüências jurídicas deferidas da área do direito de família para a vala das sociedades de fato do Código Civil, ou da indenização, quando reconhecida a ausência de contribuição para a formação do patrimônio comum.

Com isso, a jurisprudência teve de enfrentar alguns complicadores sérios para estabelecer a divisão do patrimônio entre os sócios, eis que não é fácil quantificar a cota de cada qual. Na verdade, chegou-se, até mesmo, a adotar uma solução simplista, estabelecendo uma separação de classes, de modo que na "classe operária, urbana e rural, há presunção relativa de esforço comum, que incorre na classe média e na alta, em que depende de prova a contribuição dos concubinários". Entendeu a Corte que

quando os concubinos pertencem à classe operária, como no caso em tela, vivendo sob o mesmo teto, durante mais de vinte anos, com prole, não se pode negar, salvo prova em contrário, a comunhão de interesses e o esforço comum. Cada membro da família operária, seja a da urbana seja a da rural, desempenha papel econômico, até os filhos menores, desde que em idade que possibilite trabalho remunerado ou, na zona rural, possibilite participar do trabalho dos pais, desempenhando, assim, essa função econômica (*Paulo Dourado de Gusmão*, cit., pp. 872/873).

Na mesma linha, a lição de *Álvaro Vilaça de Azevedo* ao mostrar que mesmo

a admitir-se, com a citada Súmula 380, que é indispensável o esforço comum dos concubinos nessa formação do seu patrimônio, há que entender-se esse esforço em sentido amplo, pois nem sempre ele resulta da natureza econômica, podendo implicar estreita colaboração de ordem pessoal, às vezes de muito maior valia (Do Concubinato ao Casamento de Fato, Ed. CEJUP, Belém, 1987, 2ª ed., p. 88).

De igual modo, a questão da chamada *indenização por serviços domésticos* criava uma distorção séria, eis que implicava estabelecer um verdadeiro ressarcimento pelos serviços que a companheira prestou durante a convivência na sua qualidade de dona de casa. Na verdade, a *indenização* nada mais era do que uma prestação de alimentos, não havendo outra razão para o seu deferimento. O que se evitava era o *nomen juris* próprio, para compatibilizar essa prestação com a doutrina das sociedades de fato, aplicável para justificar a repartição do patrimônio, fora, portanto, do âmbito do direito de família. Nessa direção, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Federal, com o voto condutor do Ministro *Rafael Mayer*, invocando precedente de que foi relator o Ministro *Antônio Neder*, que identifica em tais serviços o apoio ao companheiro “para o fim de ajudá-lo a manter-se no lar comum” (*Paulo Dourado de Gusmão*, cit., p. 886).

Como assinalei em outro trabalho (Da União Estável, *in* O Direito na Década de 1990: Novos Aspectos, Estudos em homenagem ao Prof. Amoldo Wald, RT, S. Paulo, 1992, pp. 134/135), o fato relevante é que os julgados procuraram resolver uma questão social angustiante, assim o desfazimento de uniões livres, de longa duração, em detrimento da companheira, que, na maior parte das vezes, ficava inteiramente desprotegida. O objetivo de toda a construção interpretativa dos tribunais foi criar condições para proteger a vida em comum, mesmo ausente a

solenidade do casamento, sem, com isso, robustecer a família ilegítima. No magistério de *Orlando Gomes*, a experiência demonstra

que a multiplicação dos concubinatos se deve em grande parte à recusa de se lhe atribuírem efeitos jurídicos. A liberdade de constituí-los e dissolvê-los seduz a quantos não querem assumir as graves responsabilidades do casamento, inclinados, que são, a essas ligações ilegítimas, para se furtarem aos deveres impostos pela lei às pessoas casadas.

Na mesma ocasião indiquei que a doutrina já estava preocupada com esse tema, tentando encontrar soluções legais. Lembra *Sílvio Rodrigues* que a primeira edição do Anteprojeto do Código Civil, publicado em 1972, inseriu um título denominado "Das relações patrimoniais entre os concubinos", cujo primeiro dispositivo, o art. 1.989, consolidava a jurisprudência vitoriosa e a aperfeiçoava, facilitando a questão da prova, com a seguinte redação: "Após cinco anos de vida em comum, como se fossem marido e mulher, presumem-se de ambos os concubinos os bens adquiridos a partir da coabitação, ainda que figurem em nome de um só deles". Todavia, as edições posteriores aboliram o título, cedendo a pressões reacionárias.

Os direitos da companheira alcançaram, até mesmo, a utilização do patronímico do seu companheiro, o que foi consolidado no direito positivo com o § 2º, do art. 57, da Lei de Registros Públicos, de 31 de dezembro de 1973.

Com a Constituição de 1988 essa construção dos tribunais ganhou respaldo, na medida em que foi, expressamente, reconhecido, para efeito da proteção do Estado, que a união estável entre um homem e uma mulher constituía uma entidade familiar (§ 3º do art. 226).

Em decisão pioneira, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu imediata aplicação ao dispositivo constitucional, sendo a decisão mantida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, com o voto condutor do Ministro *Cláudio Santos*, constando da

ementa não haver "entrechoque com a Súmula nº 380, do STF, se o acórdão recorrido não tem como premissa a existência de sociedade de fato, mas a aplicação do princípio contido no art. 226, § 3º da Constituição" (RSTJ 8/475).

No citado Acórdão da 1ª Câmara Cível, de que fui relator, ficou assentado que o

que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, com lastro na disciplina contratual das sociedades de fato, do Código Civil, passa ao patamar de união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar, e como tal, gozando da proteção do Estado, legitimada para os efeitos da incidência das regras de direito de família, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (Questões de Direito Positivo, *Doreste, Maneschy Direito*, Renovar, Rio, 1990, p. 205).

O avanço foi, exatamente, o de deslocar para o universo do direito de família as questões relativas aos conflitos decorrentes da dissolução das então chamadas sociedades de fato. E era imperativo que tal ocorresse porque a própria Constituição da República entendeu de elevar ao patamar de entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher. E, assim, reconhecer a presunção da contribuição para a formação do patrimônio adquirido na constância da vida em comum, na mesma linha da regra incluída no anteprojeto do Código Civil, antes referido.

## **2. Conceito de união estável**

Vencida a questão da natureza jurídica da regra constitucional, que entendo de eficácia contida, para usar a classificação do mestre *José Afonso da Silva* (Aplicabilidade das Normas Constitucionais, Saraiva, S. Paulo, 1968, p. 96), a maior dificuldade para concretizar a nova disciplina constitucional foi encontrar um conceito para a união estável.

*Semy Glanz* doutrina que a redação do § 3º, do art. 226, da Constituição Federal "não deixou claro o conceito de união estável. O texto

se refere a ela "como entidade familiar". Tudo indica que seja uma união de companheiros, não passageira, mas que se destine a durar ou já tenha durado algum tempo, portanto, união não transitória". O ilustre Professor de Direito Civil e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro conceitua a união estável como a "*União duradoura entre homem e mulher formadora da família, sem casamento*". Para Semy Glanz "a expressão entidade familiar indica um eufemismo, para contornar *família ou família de fato*. É que antes só se reconhecia a família "constituída pelo casamento", preferindo o legislador ignorar a outra, sem casamento, que, no entanto, existe embora sem casamento, pela união de fato ou união estável. Assim esta expressão (união estável) é sinônima de *família ou família sem casamento*. O Código Civil de 1916, para não mencionar concubinato, usou da expressão "posse do estado de casado". Agora chama-se "união estável", expressão que, como vimos, já era usada em outros países e na doutrina. Nota-se que, pelo § 4º, a expressão abrange a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Por outro lado, os parágrafos devem ser interpretados no caput. Se este cuida da família, as diversas entidades dos parágrafos são também famílias (O Direito na Década de 1990: Novos Aspectos, Estudos em homenagem ao Prof. Amoldo Wald, cit., p. 190).

Tenho considerado que a união estável, entidade familiar formada por um homem e uma mulher, é a vida em comum, *more uxorio*, por período que revele estabilidade e vocação de permanência, com sinais claros, indubitáveis, de vida familiar, e com o uso em comum do patrimônio.

Esse conceito afasta, de uma vez por todas, a idéia de que a regulação dessas chamadas uniões livres, porque não oriundas do casamento, é um estímulo às aventuras amorosas, uma cobertura para a vida ilegítima, para o amasiamento. O que se quer proteger, e essa foi a

luz constituinte, é a vida familiar constituída sem a solenidade do casamento mas que guarda a mesma configuração.

Uma última questão que merece ser enfrentada nesta parte é a que diz respeito ao próprio conceito de união estável, antes delineado, diante da disciplina do art. 1º da Lei nº 8.971/94. Toda a tendência jurisprudencial, que acompanhou a evolução das sociedades de fato para as uniões estáveis, procurou desconsiderar a fixação de um período determinado de tempo, ao mesmo tempo em que não se preocupou com a situação jurídica do homem e da mulher, provada a convivência durante período de tempo suficiente para configurar o estado de casado, particularmente se houvesse prole e desfrute do patrimônio, *more uxorio*, entendi que uma longa separação de fato não impedia a meação daqueles bens adquiridos durante a constância da comunhão. Assim, por exemplo, fiquei vencido julgando que o companheiro "estava separado de fato de sua mulher, que permaneceu no país de origem. Quem compôs a entidade familiar foi a mulher brasileira, a qual partilhou, necessariamente, a luta do varão para amealhar o pequeno patrimônio". (AC 675/91, 1ª C.C. — TJERJ). Esta é uma gritante falha da nova lei, que não deslindou um dos problemas mais frequentes nos tribunais e que, ainda uma vez, vai depender do bom senso da interpretação construtiva. É certo que muitas são as dificuldades para enfrentar essa realidade. Mas o magistrado não pode escusar-se de ultrapassá-las com os olhos postos na realização da justiça.

É evidente que a condição de herdeira, até mesmo com direito à totalidade da herança, só estará configurada nas condições do art. 1º, isto é, se provar a convivência por cinco anos, ou dele tiver prole, mesmo por período inferior, comprovado o estado civil de solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo. Está, a meu ver, confinado o conceito de união estável ao estado civil indicado no art. 1º para os benefícios da pensão alimentícia e da sucessão legítima, eis que o art. 2º faz expressa

remissão ao art. 1º. Mas, e quanto ao direito à meação, posto em artigo independente, sem qualquer remissão? Não será possível a meação, provada a colaboração, naqueles casos em que houver separação de fato?

Respeitando embora aqueles que venham a interpretar de modo diverso, mantendo meu anterior entendimento. De fato, havendo uma longa convivência, tendo sido o patrimônio construído durante vida em comum, estando o autor da herança separado de fato antes do início da união estável, será uma rematada incongruência impedir que a meação seja deferida. O espírito da lei foi o de assegurar os alimentos e a sucessão usufrutuária ou legítima naquelas condições do art. 1º, mas não a de retirar de quem participou, com trabalho, com amor, com solidariedade para a aquisição do patrimônio o direito à metade dele. Veja-se, por exemplo, um caso em que o companheiro esteja separado de fato por cerca de vinte anos, sendo certo que durante a longa união estável com sua companheira é que constituiu todo o seu patrimônio. Far-se-á justiça impedindo que a meação seja conferida à companheira? É claro que não! Assim, a companheira tem direito à metade dos bens adquiridos durante a vida em comum, mesmo que separado de fato esteja seu companheiro. Dos bens remanescentes do patrimônio, adquiridos antes da união estável, ou, mesmo, após, se interrompida, em vida do testador, metade pertencerá à mulher da qual estava separado de fato, seguindo-se, então, a ordem da vocação hereditária, respeitada a legítima dos herdeiros necessários, se houver testamento.

Fixando a correta inteligência do art. 1.719, inciso III, do Código Civil, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, com o voto condutor do Ministro *Sálvio de Figueiredo* (RSTJ 3/1.075), traçou a linha divisória entre a companheira e a concubina, na linha de anteriores julgados do Supremo Tribunal Federal. Para o Superior Tribunal de Justiça a concubina é "a amante, a mulher dos encontros velados, freqüentada pelo homem casado, que convive ao mesmo tempo com sua esposa legítima" (RE



83.930-SP, rel. Min. Antônio Neder, RTJ 82/933), e a companheira "é a mulher que se une ao homem já separado da esposa e que a apresenta à sociedade como se legitimamente casados fossem (RE 49.185, RF 197/97);

é a mulher que une seu destino ao do homem solteiro, viúvo, desquitado ou simplesmente separado de fato da mulher legítima. Sua característica está na convivência de fato, como se casados fossem aos olhos de quantos se relacionam com os companheiros de tal união. Pesam no conceito as exigências de exclusividade, fidelidade, vida em comum sob um mesmo teto com durabilidade. O vínculo entre os companheiros imita o casamento, ou no dizer tradicional, é *more uxorio*. Todo o relacionamento se faz às claras, sem ocultação. Os dois freqüentam a sociedade onde, reciprocamente, se tratam como marido e mulher (Mario Aguiar Moura, RT 519/295).

### **3. Dissolução da união estável: a partilha do patrimônio e a participação na herança**

Uma primeira questão que deve ser apreciada é sobre o juízo competente para a dissolução da união estável.

Anteriormente, sob o regime das sociedades de fato ou sociedades concubinárias, pleiteava-se, por via ordinária, o reconhecimento da sociedade de fato e a sua dissolução, escapando-se, portanto, do juízo especializado de família. A sentença reconhecia a existência da sociedade de fato e determinava a partilha do patrimônio adquirido na sua constância ou, se houvesse pedido, fixava uma indenização por serviços domésticos.

Desde a Constituição de 1988 tenho propugnado pela competência das Varas de Família para o processo e julgamento da dissolução da união estável. Também tem o mesmo entendimento *Semy Glanz* (cit., p. 198 e ss.).

Com a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, iniciativa do ilustre Senador Nelson Carneiro, tenho para mim que não há mais lugar para dúvida. O legislador ordinário comandou, ao regular o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão, a aplicação da Lei nº 5.478, de 25

de julho de 1994, com o que, especificamente, determinou que incidisse nas relações decorrentes da união estável, a lei de alimentos, que tem processo próprio com tramitação nas varas de família, isso, e claro, naquelas comarcas que possuem varas especializadas. Seria um contra-senso processar o pedido de alimentos nas varas especializadas e o pedido de partilha do patrimônio nas varas cíveis. O pedido de dissolução, a partir de agora, poderá vir acompanhado do pedido de alimentos, processando-se, assim, nas varas especializadas.

Há questões intrincadas na prova da união estável, assim quando há relação comercial conjuntamente com a vida afetiva, bem como no que diz respeito ao alcance da partilha de bens. Em caso julgado pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o companheiro combatia a existência da união estável, apesar de não negar a convivência *more uxorio*, porque não havia acréscimo patrimonial, sendo as partes também sócias em empreendimento comercial. A sentença, ao conceder a partilha do patrimônio, alcançou, apenas, uma das partes, deixando livres os bens da outra, igualmente adquiridos durante a vida em comum. O Acórdão considerou que o relacionamento desenvolveu-se

sob a guarda de atividades empresariais de ambas as partes, as quais, como os autos deitam clareza, já possuíam patrimônio razoável, oriundo das atividades empresariais que desenvolviam, o réu como publicitário, a autora no ramo de confecções, tanto um como outro ativos em seus misteres profissionais.

Para a Corte a existência de uma associação profissional não desqualificou o relacionamento afetivo, configurada a união estável, pelo tempo de convivência *more uxorio*, com uso comum do patrimônio, daí o cabimento da partilha dos bens adquiridos no período. Todavia, a decisão superior mandou incluir na partilha os bens de ambos os cônjuges, eis que,

em primeiro lugar, no desfazimento da união estável não é o patrimônio de uma das partes o exclusivo objeto da partição. Dissolvida a união estável e havendo compra de bens durante

o período de convivência em nome de ambas as partes, é este patrimônio comum que deve ser alcançado pela partilha. Entender de modo diverso é admitir a dissolução da união estável com a carga patrimonial em cima apenas de um dos lados, deixando livres os bens adquiridos pela outra parte (AC 2.293/94; veja-se, ainda, o Acórdão na AC 579/92, de que fui relator, determinando, para os efeitos da partilha, que fossem descontados, em qualquer caso, os valores recebidos em decorrência de operações de cessões de cotas nas diversas sociedades comerciais de que ambos participaram, em comum ou isoladamente).

O reconhecimento judicial da união estável torna-se ainda mais importante diante do art. 2º da Lei nº 8.971/94. A nova lei estabelece que a companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, participará da sucessão do companheiro, igual direito reconhecido ao companheiro de mulher nas mesmas situações, obedecidas as seguintes condições:

I — o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do "de cujus", se houver filhos deste ou comuns;

II — o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de metade dos bens do "de cujus", se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III — na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança". É, pelo art. 3º, ficou estipulado que quando os "bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

A redação da Lei nº 8.971/94 não é tão clara quanto seria possível e desejável. O intérprete terá de fixar o seu alcance, tendo presente o sistema de direito positivo em vigor, tudo para evitar disparates.

Desde logo, é necessário considerar que a participação na herança supõe o prévio reconhecimento da união estável, meio próprio para atribuir o estado de companheiro, que dá acesso aos benefícios legais. Nesse sentido já decidiu a 1ª Câmara Cível, estando o Acórdão, de que fui relator, ementado como se segue:

1. Para que seja agasalhada na partilha a parte relativa à companheira é necessário o prévio reconhecimento da união estável, o que não pode ser processado diretamente no Juízo do inventário, como a própria apelante reconheceu ao requerer o sobrestamento do feito, sem, contudo, indicar, pelo menos até este patamar recursal, o estágio em que se encontra a ação para aquele efeito.
2. De todos os modos, reconhecida a união estável no Juízo próprio, a apelante poderá adotar as medidas legais adequadas para incorporar os bens que lhe foram deferidos.
3. Apelação a que se nega provimento (AC 5.410/92).

Somente após o reconhecimento da união estável é possível participar da sucessão do companheiro, ou companheira. A condição essencial para o usufruto previsto nos dois primeiros incisos do art. 2º é que não tenha sido constituída nova união. No caso do inciso I, o usufruto será de uma quarta parte, se houver filhos do companheiro ou comuns; no do inciso II, o usufruto será da metade dos bens, se não houver filhos, ainda que sobrevivam ascendentes. Estas regras acompanham a disciplina do § 1º do art. 1.611 do Código Civil, que nasceu com o estatuto da mulher casada, Lei nº 4.121/62, equiparando, assim, a companheira ao regime a que se submete a mulher casada, se o regime de bens não for o da comunhão universal.

O usufruto confere a qualidade de legatário ex lege ao companheiro sobrevivente, o qual, assim como o cônjuge supérstite, não "sucede, realmente, no *universum jus*" do falecido, nem numa parte abstrata da herança, senão apenas se lhe defere um direito, embora de natureza real, sobre parte dos bens". Completa *Orlando Gomes* a sua lição

esclarecendo que "a condição de herdeiro é perpétua enquanto o direito sucessório do cônjuge é *temporário*. Contudo, não é de credor sua posição perante o espólio, mas de titular de um *direito real* (Sucessões, Forense, Rio, 6ª ed., 2ª tir. 1992, p. 69). No mesmo sentido é o magistério de *Caio Mário* ao afirmar que em

oposição ao do nu-proprietário com quem concorra (descendente ou ascendente), que é considerado "herança", a doutrina costuma caracterizá-lo como um "legado", e ao usufrutuário se dá o apelido de legatário *ex lege* (Instituições de Direito Civil, Forense, Rio, 6ª ed., 1991, p. 101; em sentido contrário, *Gustavo Tepedino*, partindo da distinção doutrinária entre herdeiro e legatário: Estabelecida tal distinção, e antepondo-a ao texto do art. 1.611, § 1º, que afirma ter o cônjuge direito, guardados os pressupostos conhecidos, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, ou à metade dos bens, de acordo com a existência ou não de filhos, não parece possível esquivar-se da iniludível constatação de que o legislador reserva ao cônjuge parte alíquota de todos os bens do cônjuge falecido, e que, sendo verdadeiro, como é verdadeiro, que o conjunto de todos os bens do cônjuge falecido forma a herança, lhe reservou o legislador parte alíquota da herança *in* Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo, Forense, Rio, 1ª ed., 1990, p. 60).

A quota de usufruto deve ser calculada sobre todos os bens que compõem a herança, incluindo-se, por conseguinte, a legítima dos herdeiros necessários, mas deve incidir nos bens que componham a metade disponível. Ademais disso, pode o usufrutuário combater os adiantamentos de legítima que forem feitos em detrimento de sua parte (cf. *Orlando Gomes*, cit. p. 70). Para *Gustavo Tepedino*

nada impede que o testador em vida, através de liberalidades, ou mediante testamento, disperse parcialmente o seu patrimônio, inclusive em favor de descendentes, indicando expressamente a dispensa da colação, desde que não se desfaça da quota-parte sobre a qual recai o usufruto do cônjuge, reserva sobre a qual não poderá, em nenhuma hipótese, dispor a título gratuito (art. 1.611, § 1º, combinado com arts. 1.176 e 1.727, Código Civil) (cit., pp. 80/81).

O inciso III afasta-se do usufruto para estabelecer o direito da(o) companheira(o), na falta de ascendentes e descendentes, sobre a

totalidade da herança. A redação é infeliz e dará oportunidade a muitas controvérsias.

Não é possível entender a expressão *totalidade da herança* sem o necessário tempero. O legislador de 1994, na verdade, quis adotar o mesmo princípio do legislador de 1977 quando ofereceu a redação do *caput* do art. 1.611 do Código Civil. Teria sido preferível, pura e simplesmente, mandar aplicar à companheira a regra já existente. Evitaria perplexidades. Vejamos.

Com o art. 3º da nova Lei a meação tem a ressalva da colaboração para a aquisição dos bens deixados pelo autor da herança. Assim, a companheira será considerada meeira se provar a colaboração. Todavia, participa ela da sucessão, sem que necessite comprovar essa participação, sendo suficiente para que tenha direito à totalidade da herança a falta de descendentes e de ascendentes. Ora, como não terá direito à totalidade da herança se o companheiro não for solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, excluída está, portanto, na letra da lei, para esse efeito, a separação de fato, mesmo que por longos anos. Diante dessa dupla posição, a expressão *totalidade da herança* pode ensejar, em espíritos menos atentos, a absurda interpretação de que eventual testamento seja inviável, sob o argumento de que, não existindo meação, porque não provada pela companheira a colaboração, o legislador comandou que todos os bens deixados pelo de *cujus* passam a integrar o patrimônio da companheira, ou do companheiro, tal como se fossem um ou outro herdeiros necessários. Ou, ainda, se provada a colaboração, como exigido pelo art. 3º — neste caso, a meu juízo, mesmo na separação de fato — o restante dos bens também pertenceria à companheira, ou companheiro.

Anote-se, para a melhor interpretação do inciso III do art. 2º da Lei nº 8.971/94, como fez *Carvalho Santos*, ao comentar o art. 1.611 do Código Civil,

que o texto refere-se tão-somente à transmissão de bens *causa mortis*, não sendo objeto do dispositivo que encerra o direito do cônjuge sobrevivente à metade dos bens do espólio. Tal direito não constitui matéria sucessória, mas resulta da qualidade, que tem o cônjuge sobrevivente de sócio ou participante na comunhão, se esse é, como na generalidade, o regime em que foi contraído o casamento. Quando o cônjuge sobrevivente, na falta de descendente ou ascendente do *de cujus*, recolhe a sucessão deste, ele a recebe, pois, em aumento ao que lhe havia já sido deferido, em razão do regime em que se dera o casamento (Código Civil Brasileiro interpretado, Liv. Freitas Bastos, Rio. Vol. XXII, 13ª ed., pp. 313/314).

Já na vigência do art. 1.611, Sílvio Rodrigues apontava que a solução era má, "e se o legislador a consagra, decerto o faz na persuasão de que, se o marido separado de sua mulher quiser afastá-la de sua sucessão e vice-versa, basta-lhes testar em favor de terceiro". Assinala o mestre que no

campo teórico, tal concepção é verdadeira, mas, na prática, em país como o nosso em que não há o hábito de testar, ela apresenta inconvenientes sérios, principalmente com o enriquecimento da população, com a difusão de facilidades para aquisição de casa própria etc, pois não raro será chamado à sucessão um cônjuge de há muito separado do falecido (Direito Civil, Direito das Sucessões, Saraiva, Vol. VII, 11ª ed., 1983, p. 83).

É claro que esse caminho não pode prosperar. O inciso III do art. 2º da Lei nº 8.971/94, que cuida do direito à totalidade da herança, deve ser interpretado em conformidade com o sistema do Código Civil, sob pena de gerar enorme desequilíbrio entre a situação dos companheiros e a dos cônjuges.

Assim, se o(a) companheiro(a) tiver ascendente ou descendente, poderá ele testar tão-somente a metade da parte que seria disponível, aplicando-se o art. 1.721 do Código Civil. Todavia, não tendo ele nem descendente nem ascendente, a interpretação deve acompanhar a disciplina do art. 1.611, com a redação dada pela Lei nº 6.515/77. E, nesse caso, qual a posição do cônjuge supérstite, e, por extensão, a(o) da(o)

companheira(o), na sucessão diante da evolução legislativa? Será herdeiro necessário?

*Carvalho Santos* considera herdeiros necessários "aqueles a quem se defere a herança mesmo contra a vontade do testador" (cit., Vol. XXIV, p. 73). Diante desse conceito, conferindo a lei o direito do cônjuge sobrevivente à herança, qualquer que seja o regime de bens, no caso da Lei nº 8.971/94, o direito da companheira, ou do companheiro, a totalidade da herança, é possível identificar neles a qualidade de herdeiros necessários, os quais não podem ser privados da legítima?

Mestre *Caio Mário* sustenta que "o que se deve reconhecer sempre, ao cônjuge supérstite, é a condição de herdeiro necessário", tendo presente a evolução legislativa, "*ex vi* da Lei nº 6.515, de 1977" (Instituições de Direito Civil, Forense, Rio, Vol. VI, 6ª ed., pp. 102/103). E, assim, será também esta a posição da companheira, ou do companheiro, diante do inciso III do art. 2º da Lei nº 8.971/94.

O magistério de *Orlando Gomes*, todavia, é o de que o "cônjuge não é *herdeiro necessário*. Se o marido não tiver descendentes ou ascendentes, ou se não os tiver a mulher, poderá testar livremente, não sendo obrigado a contemplar o outro cônjuge, ainda sendo casado com separação de bens". Reconhece o mestre, sempre invocado, que essa "liberdade de testar é injusta. Ao menos quando o regime matrimonial fosse o da separação absoluta deveria ser reservada uma parte da herança, da qual não pudesse o cônjuge dispor" (cit., p. 67).

Na mesma direção é a lição de *Carlos Alberto Bittar*, ao afirmar que são

herdeiros necessários, ou forçados, ou obrigatórios, no elenco legal, os descendentes e os ascendentes, a quem se reserva porção da herança denominada legítima, que representa, ademais, limite à plena disponibilidade por testamento (Curso de Direito Civil, Forense Universitária, Rio. Vol. 2, 1ª ed., 1994, p. 1.227).



Também pensa igual Maria Helena Dinis, mostrando que o testador pode afastar da sucessão "herdeiros legítimos não-necessários, ou seja, o seu cônjuge e seus parentes colaterais", bastando, para tanto,

que ele disponha, em favor de terceiros, da totalidade do seu patrimônio, sem os contemplar (CC, art. 1.752), não sendo, portanto, necessário expressa manifestação no sentido de excluí-los. Sucede exatamente o contrário com os herdeiros necessários, que só podem ser privados do direito hereditário, motivadamente, nas hipóteses legais de indignidade e deserção (Curso de Direito Civil Brasileiro, Saraiva, São Paulo, 6º vol., 6ª ed., 1991, p. 149).

Clara é a lição de *San Tiago Dantas* mostrando a essência da sucessão necessária para concluir que os herdeiros necessários são os descendentes e os ascendentes, não havendo qualquer razão para que sejam incluídos entre estes o cônjuge e os colaterais. Para *San Tiago Dantas* se

não há descendentes nem ascendentes e se o testador dispõe livremente de seus bens em favor de estranhos, entende-se que o cônjuge e os colaterais foram excluídos da sucessão; a sua presença não é necessária (Direitos de Família e das Sucessões, Forense, Rio, 2ª ed., atualizada por Bezerra Câmara, 1991, pp. 521 e 527).

Verifica-se que a doutrina de mestre *Caio Mário* manda incluir no art. 1.721 do Código Civil, além dos descendentes e dos ascendentes, o cônjuge supérstite, em razão do art. 1.611 do mesmo Código, com a redação dada pela Lei nº 6.515/77 (cit., p. 128). Seria, pois, o caso de incluir, diante do inciso III do art. 2º da Lei nº 8.971/94, a companheira? E, nessa condição, a expressão *totalidade da herança* significaria uma limitação ao direito de testar, reservada para a companheira, ou companheiro, a legítima, porção reservada aos herdeiros necessários.

Concordando embora com a injustiça de afastar-se o cônjuge sobrevivente do rol dos herdeiros necessários, não me parece que esse entendimento possa prevalecer. A alteração legislativa posterior não

desqualificou a definição legal dos herdeiros necessários prevista nos artigos 1.721 e seguintes do Código Civil. O conteúdo do *caput* do art. 1.611 do Código Civil já se encontrava na redação original, criticado por *Clovis Beviláqua*, o qual defendia posição mais avançada, assim a de que o direito codificado deveria

ter ido um pouco além (...) e não deixar o cônjuge desamparado, quando a herança deva ser deferida aos ascendentes do premorto, por não haver descendentes. Mas, ainda que incompleta, a justiça do dispositivo é louvável (Código Civil Comentado, Francisco Alves, Vol. VI, 9ª ed., pp. 55/56).

Também *Pontes de Miranda*, cuidando da herança legítima não-necessária, "a herança com que a lei pôs os herdeiros indicados por ela no lugar em que poderiam estar os herdeiros testamentários e os legatários", ensina que não

é necessário que tais pessoas herdem, mas elas herdam se o *de cujo* não dispôs diversamente do que estava no seu patrimônio. Tais herdeiros são o cônjuge sobrevivente, os parentes colaterais e a entidade estatal, a que a lei ordinária confere tal direito (Tratado de Direito Privado, Borsoi, Rio, Vol. LV, 1968, p. 389).

Em nenhum momento a lei ordinária desejou alterar o conceito de herdeiros necessários, assim os descendentes e os ascendentes, inserido do art. 1.721 do Código Civil, não se podendo, destarte, negar vigência ao art. 1.725 do mesmo Código, que autoriza o testador a excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, bastando, para isso, que "disponha do seu patrimônio, sem os contemplar".

Em resumo: o testador pode dispor de todos os seus bens, desde que não tenha descendente ou ascendente, excluindo, portanto, a companheira, que não é herdeiro necessário. Com esta interpretação mantém-se a regra do art. 1.721, citado, fixando-se, corretamente, a interpretação do inciso III do art. 2º da Lei nº 8.971/94.

A nova lei estabeleceu, no art. 3º, que o(a) companheiro(a) terá direito à metade dos bens deixados pelo autor da herança, quando os bens "resultarem de atividade em que haja colaboração". No inciso III do art. 2º, se não houver descendente nem ascendente, a(o) companheira(o) sobrevivente tem direito à totalidade da herança, com a interpretação fixada *supra*. Isto quer dizer que a regra do art. 3º só se aplica se houver descendente ou ascendente, conferindo-se à companheira, ou companheiro, a metade dos bens do autor da herança. No primeiro caso, o do inciso III, todos os bens são alcançados; no outro, só aqueles que resultaram da colaboração, com o que, desde logo, afastam-se os bens adquiridos antes da constância da união estável, presente, pois, a comunhão dos aqüestos. Ocorre aqui a aplicação do regime de comunhão parcial, incidindo os artigos 269, 270, 271, 272 e 273 do Código Civil.

Sob outro ângulo, importa saber se é possível a(o) companheira(o) participar da herança como usufrutuária(o) da metade dos bens, não havendo filhos, ainda que sobrevivam ascendentes, e, ainda, receber a metade desta, se provar que os bens resultaram de atividade em colaboração. A resposta deve ser negativa porque o objetivo do usufruto é proteger a companheira que não tiver acesso ao patrimônio do *de cujus*, não sendo, pois, crível que além da meação tenha ela direito ao usufruto de metade dos bens, diante da impossibilidade de ser, ao mesmo tempo, proprietária e usufrutuária dos mesmos bens, ainda que no caso do art. 3º os bens alcançados sejam apenas aqueles adquiridos na constância da união e nos casos dos incisos I e II do art. 2º, este limite não exista. A Quarta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, relator o Ministro *Ruy Rosado de Aguiar*, decidiu que a

disposição do § 1º do artigo 1.611 do Código Civil tem a finalidade de proteger o cônjuge sobrevivente, garantindo-lhe o usufruto sobre uma quarta parte (ou metade) dos bens do cônjuge falecido. Quando este, por manifestação de última vontade, atribuiu ao sobrevivente, que concorre com os filhos, uma quarta parte ou mais de seus bens, a disposição da lei não incide porque aquela uma quarta parte já foi

transferida ao patrimônio do cônjuge sobrevivente, não apenas como direito real, mas a título de propriedade (RSTJ 63/301).

A grande dificuldade do art. 3º é o conceito de "bens que resultarem de atividade em que haja colaboração".

*Caio Mário*, ao comentar a inclusão do cônjuge em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, assevera que não

se pode duvidar de que nas famílias bem constituídas que são a maioria, a co-participação dos consortes no acervo conjugal é uma flagrante realidade. Seja pela cooperação direta de trabalho, seja pela participação indireta de apoio, de economias, de harmonia, e até de sacrifícios, o patrimônio do casal é uma resultante de esforços comuns (cit., p. 105).

Parece-me que esta é a melhor orientação para enfrentar a questão da colaboração prevista na lei nova. Não se cuida aqui de buscar um conceito econômico, quantitativo, sob pena de repetir-se a mesma falácia da divisão patrimonial ao tempo em que se aplicava a doutrina da sociedade de fato. A prova da colaboração é a evidência de haver a companheira, ou companheiro, participado, efetivamente, da vida comum, apoiando, afetiva e moralmente, o autor da herança, seja com a manutenção da vida doméstica, seja na solidariedade em horas difíceis, seja na educação da prole, se houver.

A expressão "resultarem de atividade em que haja colaboração", destarte, não quer dizer atividade comercial, financeira, com medição de patrimônio ou de capacidade de caixa para a aquisição dos bens que poderão ser partilhados. É suficiente que os autos revelem a comunhão, repartidos os sacrifícios e benefícios desta, com o que, o fato de viver a companheira pobre com um companheiro rico, ou vice-versa, que durante a união estável tenha adquirido bens, não desqualifica para o benefício do art. 3º da Lei nº 8.971/94.

Uma questão que pode ocorrer é a cumulação da meação do art. 3º com o direito à *totalidade da herança* previsto no inciso III do art. 2º. Preenchidos os requisitos do art. 3º, reconhecida a união estável, e não havendo nem descendentes nem ascendentes, ausente testamento e presentes colaterais, em que situação fica a companheira, ou o companheiro? Nesse caso, está assegurado o direito à metade, cabendo-lhe a outra parte por inteiro, a primeira na condição de meeira e a segunda na condição de herdeira na ordem de vocação hereditária, por expressa disposição legal, excludente dos colaterais. E, em havendo testamento? Resolve-se separando a meação e deferindo, apenas, a parte que restar da outra metade e que não tiver sido contemplada no testamento, com observância, portanto, dos artigos 1.725 e 1.726 do Código Civil. E, ainda, se houver testamento que invada a meação? Aqui a solução é a redução, assim porque, reconhecida a união estável e deferida a metade dos bens nos termos do art. 3º da nova lei, somente a outra metade está disponível para o testador. É certo, como visto supra, que o testador pôde afastar a companheira, ou companheiro, uma vez que não são herdeiros necessários, do direito à totalidade da herança previsto no inciso III do art. 2º. Todavia, não pode invadir a meação a que se refere o art. 3º, porque, nesta hipótese legal, a qualidade da companheira não é a de herdeira, mas, sim, a de meeira, com o que esta parte não se inclui na porção que constitui o patrimônio sucessível.

Outra questão que vai se apresentar com frequência é a da doação anterior de bens. Entendo que tais bens devem ser trazidos à colação pela companheira, ou companheiro, para efeito de ser computada a meação, sob pena de grave prejuízo para os herdeiros, legítimos ou necessários (em sentido contrário, ao cuidar do usufruto, está Gustavo Tepedino, o qual considera que deve ser calculada a fração "pelo *id quod relictum*, estabelecendo-se sua quota-alíquota sobre os bens existentes no momento da morte", cit., p. 80).

É perfeitamente possível que a companheira exerça a inventariança, o mesmo para o companheiro, como já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo da Lei nº 8.971/94, relator o Ministro *Athos Carneiro*, com a seguinte ementa:

Inventariante. Nomeação de companheira, esposa eclesiástica. Não contraria o artigo 990 do Código de Processo Civil, que não se reveste de caráter absoluto, a decisão que mantém como inventariante a pessoa que, casada pelo religioso com o extinto, com ele viveu em união familiar estável, durante longos anos, tendo o casal numerosos filhos. Improcedência da impugnação manifestada por alguns filhos do leito anterior. Interpretação a mais razoável da lei federal. Recurso não conhecido (RSTJ 7/334).

#### **4. Alimentos**

Já antes mesmo da Lei nº 8.971/94, diante da disciplina da Constituição de 1988, julgava cabível a prestação de alimentos na dissolução da união estável. Em voto vencido considerei que "se a união estável é elevada ao patamar de entidade familiar, é evidente que as leis protetoras da família podem alcançá-la, dispensando qualquer outra construção jurisprudencial. Desse modo, possível é o pensionamento", espancando, por conseguinte, a invocada carência de ação acolhida pela sentença. De fato, assinalei, se antes "já se admitia a então denominada indenização por serviços domésticos, por que, agora, com o expresso comando do reconhecimento da união estável, afastar o direito de requerer o pensionamento?" (AC 668/92, 1ª C.C. — TJERJ).

A nova lei resolveu a controvérsia deferindo pensão para a "companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole", "enquanto não constituir nova união e desde que. prove a necessidade", mandando aplicar a Lei nº 5.478/68. Fica claro, *ab initio*, que havendo prole o período mínimo de cinco anos está descartado.

Assim, reconhecida a união estável tem a companheira, ou o companheiro, direito aos alimentos. Se o reconhecimento judicial da união estável tiver sido feito anteriormente, a decisão judicial é a prova da obrigação alimentar a que se refere o art. 2º da Lei nº 5.478/68. Todavia, é possível pedir a dissolução da união estável cumulativamente com o pedido de alimentos, para o qual deverão estar presentes os requisitos indicados na lei.

O art. 1º da Lei nº 8.971/94 criou a limitação do estado civil para o alimentante, mas não para o credor. Aquele, necessariamente, é solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo. Este pode ser separado de fato, enquanto não constituir nova família e desde que prove a necessidade. É evidente que se já recebe pensão em decorrência de relacionamento anterior não pode pedir outra.

É necessário considerar, porém, que a concessão de alimentos não é automática, devendo ser apurada, no curso do processo, a responsabilidade da separação. Não tem direito a alimentos o companheiro, ou a companheira, que tiver dado causa a separação, na forma do art. 19 da Lei nº 6.515/77, não se confundindo com tal hipótese a iniciativa da dissolução da união estável.

Nada impede que o pedido de alimentos da companheira seja cumulado com o pedido de alimentos do filho comum. Pode, ainda, o companheiro oferecer alimentos na forma do art. 24 da lei especial.

Se o pedido de alimentos for posterior ao reconhecimento e dissolução da união estável, é cabível o deferimento de alimentos provisórios, na forma do art. 4º, não incidindo, contudo, o parágrafo único. Caso contrário, para evitar aventuras, o deferimento de provisórios não é recomendável até que haja a comprovação efetiva dos requisitos exigidos pelo art. 1º da Lei nº 8.971/94. É claro que se na inicial de dissolução da união estável cumulada com alimentos trouxe a parte autora a prova da

existência de prole e do estado civil da parte ré, os provisórios podem ser deferidos, aberta a possibilidade no curso do processo de provar-se a não existência da necessidade, ou a existência de outra união, ou, finalmente, não ter sido a parte autora, comprovadamente, companheira da parte ré, sendo o filho fruto de simples momento amoroso (para os que adotam a distinção entre alimentos provisionais e alimentos provisórios, neste caso, caberia a medida cautelar específica do art. 852 do Código de Processo Civil; v. Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, RT, S. Paulo, 2ª ed., 1994, pp. 665 a 671). Compete ao magistrado, em qualquer circunstância, apreciar com prudência os termos da inicial antes de conceder os provisórios.

Os alimentos pagos são incompensáveis e irrepetíveis, sendo devidos desde a inicial e não da decisão que os concede, na forma da Súmula 226 do Supremo Tribunal Federal. Mostra Yussef Said Cahali que "o direito alimentar, tornando-se exigível do só fato das necessidades do credor e dos recursos do devedor, o crédito alimentar começa a correr do dia em que essas circunstâncias de fato se encontram verificadas; é por essa razão que, em caso de ação em juízo, o crédito alimentar corre do dia do ajuizamento do pedido" (*Dos Alimentos*, cit., p. 640). Havendo provisórios deferidos reduzidos na sentença, a redução prevalece desde então.

A concessão do pensionamento está subordinada ao binômio necessidade-capacidade, valendo, para tanto, a jurisprudência caudalosa sobre a matéria, considerando-se, ademais, que os alimentos não devem estimular a ociosidade nem o oportunismo. Adverte mestre Cahali, na sombra do art. 400 do Código Civil, que "na determinação do quantum, há de se ter em conta as condições sociais da pessoa que tem direito aos alimentos, a sua idade, saúde e outras circunstâncias particulares de tempo e de lugar, que influem na própria medida" (...) sendo, ademais, "imprescindível a observância da capacidade financeira do alimentante, para que não haja desfalque do necessário ao seu próprio sustento" (cit.,



p. 557). Os alimentos podem ser revistos a qualquer tempo, provada a alteração das condições do alimentante ou do alimentário.

A execução da sentença obedecerá ao disposto na lei especial, perfeitamente cabível, portanto, a prisão do devedor na forma do respectivo art. 19, presente o disposto no inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal.

Uma questão que deve ser enfrentada é a trazida com o disposto no art. 23 da Lei do Divórcio, que prescreveu a transmissibilidade aos herdeiros do devedor da obrigação alimentar, na forma do art. 1.796 do Código Civil. A controvérsia suscitada pela inovação é grande (v. Yussef Said Cahali, cit., pp. 65 e ss.).

Entendo cabível a transmissibilidade dos alimentos para os casos de que cuida a Lei nº 8.971/94. De fato, a disciplina legal inovadora mandou aplicar a lei de alimentos, que, na verdade, regula a ação de alimentos, com o que devem ser utilizados para a aferição do direito aos alimentos e as suas consequências toda a legislação aplicável ao tema hoje em vigor, daí a anterior invocação do art. 19 da Lei do Divórcio, que espanca o direito alimentar daquele que der motivo para o rompimento do laço conjugal.

A intervenção do Ministério Público torna-se necessária, como previsto nos artigos 9º e 11 da Lei de alimentos.

## **5. Direito intertemporal**

Muitas dúvidas podem surgir com relação ao direito intertemporal diante da variedade de situações que a realidade apresenta. A regra geral é a do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, ou seja, a lei terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

No que concerne ao direito sucessório, assim aqueles casos contidos no art. 2º da Lei nº 8.971/94, são alcançadas as uniões estáveis existentes antes mesmo da Lei nova, desde que não tenha sido ainda aberta a sucessão, uma vez que descendentes e ascendentes não têm direito adquirido antes da abertura da sucessão. Contudo, aberta a sucessão não será possível pleitear os benefícios criados em dezembro de 1994, eis que no momento da abertura da sucessão a herança foi transmitida sem o encargo usufrutuário (cfr. Caio Mário, cit., p. 103). Vigora, portanto, a lei do tempo da abertura da sucessão.